# Kann in Preußen eine Polizeiverfügung unter Androhung einer Exekutivstrafe ergehen, wenn dieselbe Handlung oder Unterlassung bereits mit Kriminalstrafe bedroht ist?

## Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

**Werner May**
Gerichtsreferendar

1928

Spezialdruckerei für Dissertationen: Dr. Hermann Eschenhagen, KG., Ohlau in Schlesien

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Helfritz.

Meinen Eltern!

## Inhaltsverzeichnis.

# Literaturverzeichnis.

**Anschütz:** Das Recht des Verwaltungszwanges in Preußen in Verw.Arch. Bd. 1 S. 389—470.
— Lücke in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen in Verw.Arch. Bd. 14 S. 315—340.
**Arndt:** Polizeiliche Anordnungen bei Anlagen nach § 16 Gew.O. in Verw.Arch. Bd. 10/190.
**v. Arnstedt:** Das Preußische Polizeirecht, Berlin 1907.
**Berner:** Non bis in idem in Goldammers Arch. Bd. 3 S. 490.
**Binding:** Die Normen und ihre Uebertretung, II. Aufl.
**Bornhak:** Preußisches Staatsrecht, II. Aufl. 1911/12.
**Brassert:** Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten, 1888.
**v. Brauchitsch:** Die Preußischen Verwaltungsgesetze, 23. Aufl. 1925.
**Buch:** Das nichtkodifizierte Verwaltungszwangsrecht in Preußen in Arch. f. öff. R. 31, S. 326—437.
**Delius:** Das Ordnungsstrafverfahren des Registerrichters in Preußen, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 38, S. 426.
**Fleiner:** Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts 1922.
— Einzelrecht und öffentliches Interesse 1908.
**Foerstemann:** Prinzipien des Preuß. Polizeirechts 1869.
**Fraeb:** Die Lehre von der Rechtskraft inter partes in „der Gerichtssaal", Bd. 80 S. 123.
**Francke:** Ueber Strafandrohungen der Verwaltungsbehörden und deren Vollstreckung in Magazin für Hannoversches Recht Bd. 5 S. 26—46.
**Frank:** Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1926.
**Friedrichs:** Das Landesverwaltungsgesetz 1910.
— Die Festsetzung und Vollstreckung von Zwangsstrafen in P.V.Bl. 31/403—405.
**Genzmer:** Die Polizei 1905.
**Goldschmidt:** Das Verwaltungsstrafrecht, 1902.
— Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur modernen Staats- und Rechtslehre in der Festgabe für R. Koch, 1903.
— Begriff und Aufgaben eines Verwaltungsstrafrechts in Goldammers Arch. Bd. 49 S. 71—93.
**Haenel:** Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. 1892.

**Hatschek:** Lehrbuch des Deutschen und Preuß. Verwaltungsrechts, 5. und 6. Aufl. 1927.
**Hofacker:** Verhältnis der Exekutiv- (Ungehorsams-, Zwangs-) Strafen zu den Kriminal- (allgemeinen) Strafen in Verw.Arch. 14, S. 447—494.
— Ueber Verwaltungsstrafrecht in Verw.Arch. 15, S. 404—433.
— Die rechtliche Natur der Württb. Ungehorsamsstrafe in Vorschers Z. 48 S. 340—351,371—378; 49 S. 19—29, 217—224, 276—284.
**Jadesohn:** Exekutivstrafen der Verwaltungsbehörden und Strafbestimmungen der Kriegswirtschaftsgesetze in P.V.Bl. 40 S. 152.
**Jellinek G.:** System der subjektiv-öffentlichen Rechte 1905.
**Jellinek W.:** Verwaltungsrecht 1928.
**Jèze:** Franz. Verwaltungsrecht 1913.
**v. Jhering:** Zweck im Recht, 3. Aufl.
**Isaac:** Zwangsstrafrecht und Zwangsstrafverfahren in Z.Str.W. 21 S. 625—706.
**Kastner:** Der Impfzwang und das Reichsimpfgesetz, 1909.
**Kitzinger:** Die Verhinderung strafbarer Handlungen durch Polizeigewalt, Berlin 1913.
**Klostermann-Fürst-Thielemann:** Kommentar zum Allg. Berggesetz für die Preußischen Staaten, 6. Aufl. 1911.
**Koehne:** Grundzüge des Verwaltungspolizeirechts 1906.
**Kormann:** System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte 1910.
— Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts in Annalen für das Deutsche Reich, S. 195—218.
**Köstlin:** Die Württ. Ungehorsamsstrafe in Württb. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung, 14. Jahrg. S. 3 und 4.
**Krakenberg:** Die rechtliche Natur der Ordnungsstrafe 1912.
**Krukenberg:** Die Konkurrenz von Verwaltungszwang und Strafverfolgung 1914.
**Laband:** Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 5. Aufl.
**v. Landmann:** Kommentar zur Reichsgewerbeordnung, 5. Aufl.
**Loening:** Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts 1884.
**Loewe:** Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, 17. Aufl. 1927.
**Markull:** Zur Lehre vom unmittelbaren Zwang in P.V.Bl. 26 S. 558—561.
**Ludwig Mayer:** Ueber den Begriff des Verwaltungszwangsverfahrens und die Zwangsmittel der Polizei in Archiv für öffentl. Recht, 32/376 ff.

**Otto Mayer:** Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1895 und 1924.
**G. Meyer-Dochow:** Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts 1910.
**v. Mohl:** System der Präventivjustiz oder Rechtspolizei, 3. Aufl. 1866.
**Neukamp:** Die polizeilichen Verfügungen zur Verhinderung strafbarer Handlungen (oder Unterlassungen) und deren Durchführungen nach preußischem Recht in Verw.Arch. 3 S. 1—93.
**Oppenhoff:** Die Preußischen Gesetze über die Ressortverhältnisse zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden, 1904.
— Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 1901.
**Parey:** Das behördliche Polizeistrafverordnungsrecht in Preußen, 1882.
**Preger:** Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht in Arch. für öffentl. Recht 7, S. 365—426.
**v. Roenne-Zorn:** Das Staatsrecht der preuß. Monarchie, 5. Aufl. 1899/06.
**Rosenfeld:** Der Reichsstrafprozeß. 1912.
**Rosin:** Das Polizeiverordnungsrecht in Preußen.
**Schoen:** In Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holtzendorff u. Kohler, Bd. 4, 1914.
**Schoene:** Die rechtliche Natur der disziplinarischen Bestrafung der Staatsbeamten in Verw.Arch. Bd. 19 S. 180—267.
**v. Schulze-Gävernitz:** Das Preußische Staatsrecht, 2. Aufl. 1890.
**Schultzenstein:** Polizeiwidriges Handeln und Vertretung in Verw.-Arch. 14, S. 1—62.
**Stein:** Grenzen und Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, 1912.
**Thoma:** Der Polizeibefehl im Bad. Recht 1906. Bemerkungen zum Badischen Polizeirecht in Bad. Verw.Z. 1908, S. 13—21.
**Thon:** Normen und subjektives Recht, 1878.
**Woltzendorff:** Die allg. polizeilichen Befugnisse gegenüber Versammlungen und Vereinen in Verw.Arch. 18, S. 261—276, S. 405 bis 529. Zeugnispflicht gegenüber der Polizei in Verw.Arch. Bd. 20 S. 277—94.

## Abkürzungen:

Annalen des Deutschen Reichs.
Archiv für öffentl. Recht (Arch.öff.R.).
Boschers Zeitschrift für die freiw. Gerichtsbarkeit u. Gemeindeverwaltung in Württb. (Boschers Z.).
Braunschweigische Zeitschrift für Rechtspflege (Braunschw. Z.).
Deutsche Juristenzeitung (D.J.Z.).
Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts (O.V.G.).
Der Gerichtssaal (Ger.Saal).
Goldammers Archiv für Strafrecht (Goldammer Arch.).
Jahrbuch der Entscheidungen des Thür. Oberverwaltungsgerichts.
Jahrbücher für Entscheidungen des Kammergerichts (K.G.J.).
Jahrbücher des Sächsischen Oberverwaltungsgerichts.
Juristische Wochenschrift (J.W.).
Justiz-Ministerial-Blatt (J.M.Bl.).
Magazin für Hannoversches Recht.
Mecklenburger Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung.
Ministerialblatt für die Innere Verwaltung (V.M.Bl.).
Preußisches Verwaltungsblatt (P.V.Bl.).
Reger, Entscheidungen der Gerichte u. Verwaltungsbehörden aus dem Gebiete des Verwaltungs- und Strafrechts (Reger).
Verwaltungs-Archiv, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit (Verw.Arch.).
Württb. Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung.
Zeitschrift für Badische Verwaltung und Verwaltungsrechtspflege (Bad.Verw.Z.).
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Z.Str.W.).

## A.

# Einleitung.

Ueber das ganze Rechtsgebiet ist kaum irgend ein Rechtsinstitut so verbreitet, wie die Exekutivstrafe. Viele Reichs- und Landesgesetze enthalten Bestimmungen über sie, und sie findet sich auf dem Gebiete der streitigen wie der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Sie wird verhängt von Gerichten wie auch von Verwaltungsorganen. Eine einheitliche Regelung der den verschiedenen Exekutivstrafen zugrunde liegenden allgemeinen Bestimmungen ist trotz der gewaltigen Ausdehnung, die das Exekutivstrafrecht erfahren hat, so gut wie noch garnicht erfolgt, mit Ausnahme einiger neuerer Gesetze, in denen stellenweise dürftige Einzelregelungen vorhanden sind, die aber nicht zulassen, allgemeine Schlüsse auf das gesamte Exekutivstrafrecht zu ziehen. Die Verhängung der Exekutivstrafe stößt nicht selten deshalb auf sehr lebhaften Widerspruch, weil die davon Betroffenen durch die von ihnen begangenen Handlungen oder Unterlassungen bereits mit einem Strafgesetz in Konflikt geraten sind. Eine derartige Konkurrenz von Exekutivstrafen und Deliktstrafe ist keine Sondererscheinung auf dem Gebiet der inneren Verwaltung. Sie tritt vielmehr überall da zu Tage, wo der Staat nicht nur ein Interesse an der Vergeltung begangenen Unrechts hat, sondern vielmehr noch mehr bezweckt, daß nämlich die durch die Norm geforderte Handlung oder Unterlassung auch wirklich geschieht. Im Verwaltungsrecht hat unsere Frage über die Kollision von Exekutivstrafrechtsnormen und Kriminalstrafe zu zahlreichen Erörterungen geführt. Man kann wohl sagen, daß sie zu den wichtigsten Fragen des Polizeirechts gehört. Dies dürfte auch besonders aus der Tatsache hervorgehen, daß das höchste Preußische Verwaltungsgericht sich fortgesetzt mit dieser Frage befaßt hat und damit gleichzeitig beweist, welche große und wichtige Rolle die Präventivpolizei und deren Handhabung in der Verwaltungspraxis spielt. Ist es für die Behörden von größter Wichtigkeit, über das Maß und den Umfang ihrer präventivpolizeilichen Befugnisse möglichst endgültige Klarheit zu erlangen, so ist die Anwendung dieser Polizei nach feststehenden Grundsätzen von noch weit wichtigerer Bedeutung für den durch die polizeilichen Maßnahmen betroffenen Staatsbürger. So ist es z. B. von größter Wichtigkeit, ob der-

jenige, welcher einen genehmigungspflichtigen, unkonzessionierten Fabrikbetrieb eröffnet hat, ohne weiteres Schließung zu gewärtigen hat oder erst durch Androhung einer Exekutivstrafe zur Einstellung angehalten werden muß. Diejenige Person, der in diesem Falle eine Exekutivstrafe angedroht wird, hat wegen derselben Handlung bezw. Unterlassung bereits auch eine Bestrafung im Wege des ordentlichen Strafverfahrens zu gewärtigen. Es wird daher die Frage aufgeworfen, ob gegenüber Personen, die sich gegen ein Strafgesetz vergangen haben, wegen derselben Tat die Androhung von Exekutivstrafe zulässig ist. Gerade die Gewerbe-, Wohnungs- und Bau-Polizei hat sich oft mit Tatbeständen beschäftigt, mit denen sich auch der Strafgesetzgeber bereits befaßt hat. Daraus erklärt es sich, wenn sich auch die folgenden Untersuchungen auf das Hauptgebiet, auf die Frage des Verhältnisses der polizeilichen Exekutivstrafe zur Strafverfolgung beschränkt. Und zwar wird nur das preußische Recht genauer berücksichtigt, die Rechte der anderen Einzelstaaten dagegen nur zur Vergleichung herangezogen.

## B.

## Begriff und Wesen der Exekutivstrafe.

Das Problem, das der nachfolgenden Untersuchung zugrunde liegt, läßt sich jedoch nicht beantworten, bevor nicht der Begriff der Exekutivstrafe festgestellt ist.

§ 132 LVG. ordnet für das preußische Polizeirecht dem Untertan im Falle der Widerspenstigkeit als Uebel in der Regel eine Geldstrafe an, die im Falle des Unvermögens sich in eine Haftstrafe verwandelt. Der Name dieser Strafe erscheint in den verschiedenen Gesetzen und in der Theorie in der mannigfachsten Art. Die Bezeichnung Exekutivstrafe hat wohl die weiteste Verbreitung gefunden und scheint in der Theorie herrschend zu sein.[1] Andere Ausdrücke dafür sind vor allem Zwangsstrafe[2], Ungehorsamsstrafe[3] und schließlich auch Vollstreckungsstrafe.[4] In vielen Gesetzen und in der Theorie bei Haenel und v. Schulze-Gävernitz findet sich die Bezeichnung Ordnungsstrafe, die jedoch als eine selbständige Strafart anzusehen ist, was man besonders schon daraus erkennen kann, daß bei weitem nicht alle Ordnungsstrafen den Charakter von

1) Arndt, Anschütz, Loening, Jadesohn, Schoen, Ludwig Mayer, Bornhak und v. Rönne.
2) Gneist, Jellinek.
3) Hofacker, O. Mayer, Thoma, Schultzenstein und Köstlin.
4) Kormann.

Exekutivstrafen haben.[5] Ganz unkorrekt in seiner Ausdrucksweise ist aber Buch[6], wenn er die Geldstrafe des § 132 LVG. als eine Gebühr und zwar als eine „Beuge- oder Zwangsgebühr“ bezeichnet, um so dem Ausdruck „Strafe“ aus dem Wege zu gehen, der zu falschen Vorstellungen verleiten könnte. Sie soll eine Gebühr für den Verwaltungshandgriff darstellen, den der Verpflichtete dadurch heraufbeschwört, daß er nicht freiwillig tätig wird, sondern gerade durch sein Verhalten die Ursache dazu wird, daß die Behörden in der Zwangsaktion gegen ihn treten. Vergleicht man die Höhe der verhängten Zwangsstrafe und die Bedeutung des verwaltungsrechtlichen Begriffs „Gebühr“ als ein spezielles Entgelt des Pflichtigen für eine ihm besonders zugute kommende oder doch durch ihn besonders veranlaßte öffentliche Tätigkeit, so ergibt sich daraus schon das Unsinnige der Ausdrucksweise Buchs. (50 *M* Schreibgebühren!)

Um den Begriff der Exekutivstrafe näher zu begründen, ist zu untersuchen, welche Voraussetzungen zu ihrer Verhängung vorliegen müssen, welchen Zweck die Exekutivstrafe verfolgt und schließlich welche Wirkung sie bei dem von ihr Betroffenen auslöst.

Prüft man zunächst die Voraussetzungen, so ist folgendes festzustellen. Da die Exekutivstrafe einen durch den Ungehorsam des Verpflichteten veranlaßten Eingriff in Freiheit und Eigentum des Untertanen darstellt, so bedarf sie nach den Grundsätzen des Rechtsstaats einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Für das preußische Recht ist diese Ermächtigung in bestimmtem Umfange durch § 132 Z. 2 LVG. erteilt. Wie bei der eigentlichen Strafe, der Kriminalstrafe, so muß auch bei der Exekutivstrafe eine rechtswidrige Handlung vorliegen.[7] Sie kann erst verhängt werden, falls eine Normwidrigkeit erfolgt ist.

Da das Zwangsstrafverfahren sich aus der Androhung und der Verhängung des Uebels zusammensetzt, zwischen welche beiden Momente sich noch die Feststellung, daß das Uebel verwirkt sei, einschiebt[8], entsteht nun die Frage, ob die Rechtsverletzung nicht nur der Verhängung, sondern auch der Androhung vorangehen muß. Unbestritten ist es, daß die Exekutivstrafe nicht mehr festgesetzt werden darf, wenn der Polizeipflichtige, sei es auch erst nach Ab-

---

5) Krakenberg S. 3, 62 ff., Stein S. 46 ff., Hofacker in Boschers Z. 48/341.
6) S. 418 ff.
7) Isaac S. 630, Jellinek W. S. 326.
8) Isaac S. 685.
9) Haenel Bd. 1 S. 459, Friedrichs LVG. § 132 Anm. 16, Jellinek W. S. 326, Neukamp S. 72 Anm. 71, Rosin S. 106 Anm. 10, PVBl. 48/396 ff., OVG. 2/382 ff., 413 ff. und 7/347.

lauf einer etwa festgesetzten Frist sein Verhalten der Verfügung gemäß einrichtet. Fraglich ist nur, ob eine bereits festgesetzte Strafe vollstreckt werden darf, wenn noch vor der Vollstreckung der Zweck, sei es durch Erfüllung oder durch Unmöglichwerden wegfällt. Geht man davon aus, daß die Exekutivstrafe unter den Oberbegriff eines Zwangsmittels fällt, so muß man notwendigerweise zu dem Ergebnis kommen, daß von dem Augenblick an, wo der Zweck erfüllt ist oder weggefallen ist, die Einziehung der Exekutivstrafe unterbleiben muß. Diese Schlußfolgerung wird in der Theorie und Praxis auch zum Teil vertreten.[10] Jedenfalls wird diese These nicht durch die gänzlich unbewiesene Behauptung entkräftet, die O. Mayer aufstellt, daß die einmal ausgesprochene Geldstrafe den Gegenstand eines Forderungsrechtes bildet, auf das der Staat nicht mehr verzichten könne.[11] Hofacker bekämpft[12] zwar diese Lehre O. Mayers, um aber kurz darauf mit eben derselben und auch nur dieser Begründung den Satz zu verfechten[13], daß eine Geldstrafe auch nach Wegfall des Zweckes noch vollstreckt werden kann. Unlogisch[14] ist er weiterhin in seinen Ausführungen, wenn er bei dieser Frage zwischen Haft und Geldstrafe unterscheidet und die Vollstreckung der ersteren nach Wegfall des Zweckes für kein Zwangsmittel mehr hält, sondern für eine wirkliche Strafe. Warum dasselbe nicht von der Geldstrafe gelten soll, ist wahrhaft nicht einzusehen. Wohl mehr aus praktischen Gründen vertritt aber meines Erachtens mit Recht Friedrichs[15] unter eingehender Begründung den Standpunkt, daß es einen entscheidenden Zeitpunkt geben müsse, in dem jede Rücksichtnahme gegenüber dem Verpflichteten aufhört, und das sei der der obrigkeitlichen Festsetzung der Strafe. Man wird daher sagen können, daß zwar die Festsetzung der Strafe den entscheidenden Moment schaffe, daß nämlich die Vollstreckung erfolgen kann, nicht aber zu erfolgen braucht, daß also der Behörde es noch immer freisteht, die Strafe zu vollstrecken oder nicht (im Gegensatz zu Hofacker und O. Mayer). Auf keinen Fall läßt sich daraus, daß die festgesetzte Exekutivstrafe vollstreckt wird, auch wenn zwischen Festsetzung und Vollstreckung die geforderte Handlung oder Unterlassung vorgenommen wird, ein Beweis für den Vergeltungs-

---

10) Oppenhoff S. 198, Anschütz S. 455, Zürn in PVBl. 30/47, Büren PVBl 31/567 f. Buch S. 420 Anm. 47, Krukenberg S. 39, KGJ. 40 A 83, 41 A 34.
11) O. Mayer 1 S. 275/276; dagegen Thoma Polizeibefehl S. 93 Anm. 15.
12) Hofacker Verw.Arch. 14/454 u. Boschers Z. 48/345.
13) Hofacker Verw.Arch. 14/456 u. Boschers Z. 48/349.
14) Hofacker Verw.Arch. 14/456 u. Boschers Z. 48/348.
15) Friedrichs PVBl. 31/405 Min.Verf. 14. 8. 1849 (V.M.Bl. S. 161. Isaac S. 689 f. Preger S. 421.

zweck der Exekutivstrafe finden. Es ist allerdings richtig, daß in diesem Falle bei Vollstreckung der Exekutivstrafe der Gehorsam bereits erzwungen ist. Aber die Festsetzung der Exekutivstrafe und ihre Verhängung sind eben nicht zwei voneinander verschiedene Zwangsmittel. Die Vollstreckung hat gar keine selbständige Bedeutung, sie tritt als Folge der Straffestsetzung ein.

Einen schwer zu lösenden Streitpunkt über die weiteren Voraussetzungen zur Verhängung einer Exekutivstrafe bildet die Frage, ob die Festsetzung der Exekutivstrafe vom subjektiven Verschulden abhängig ist oder nicht. Schwer zu lösen ist deshalb diese Frage, weil jegliche positive Gesetzesbestimmung darüber fehlt. Wegen der besonderen Natur der Exekutivstrafe als Zwangsmittel ist es nicht unbedenklich, Begriff und Voraussetzungen des Strafrechts ohne weiteres zu übernehmen.[16] Im Gegensatz zu den direkten Zwangsmitteln, wo der Wille des ungehorsamen Verpflichteten umgangen wird, der Ersatzvornahme, bei welcher der Staat ohne Rücksicht auf den Verpflichteten zu Handeln gestattet, und des weiteren bei der physischen Gewaltanwendung, wo der Staat kurzer Hand den Willen bricht, ist das psychologische Zwangsmittel der Exekutivstrafe gerade nur dazu da, durch Androhung und Verhängung eines Uebels solange auf den Willen des ungehorsamen Verpflichteten einzuwirken, bis er sich freiwillig beugt. Daraus folgt, daß bei Anwendung der Exekutivstrafe ein verantwortlicher, fehlerhafter Wille vorhanden sein muß, der gebeugt werden kann.[17] Das Zwangsmittel der Exekutivstrafe ist demnach gegenüber Unzurechnungsfähigen unanwendbar.[18] Man hat aber bei dieser Frage auch noch weiter zu gehen, indem man auch ein gewisses Verschulden erfordern muß. Ebenso wie man für das Strafrecht jetzt ganz allgemein den ungeschriebenen Grundsatz anerkennt: Keine Strafe ohne Schuld, ebenso muß man auch hier sagen, daß die Verwaltungsbehörden nur dann ein Recht zur Zufügung eines Uebels, der Exekutivstrafe, haben, falls der Betreffende an der polizeiwidrigen Lage schuld trägt, daß der von ihm geforderte Erfolg nicht eingetreten ist. Die Schuldfrage verliert aber in diesen Fällen an Bedeutung, weil dem Untertanen seine Pflicht vorher durch die Verfügung klar gemacht worden ist. Deshalb ist O. Mayer und Goldschmidt[19] zuzugeben, daß im Verwaltungs-

16) Isaac geht zu weit §§ 7, 8, zu eng Buch S. 368 f.
17) Vgl. Isaac S. 655 f.
18) Preger S. 423, Krakenberg S. 132.
19) O. Mayer 1/322—323, Goldschmidt, Verwaltungsstrafrecht S. 221, 409 f., besonders S. 580.

strafrecht zwar ein Verschulden erforderlich ist, ein verschuldetes Zuwiderhandeln aber vermutet wird und insoweit dem Verpflichteten der Entlastungsbeweis dafür aufgebürdet ist, daß er nach bestem Können seinen Pflichten nachgekommen ist.

Während die Voraussetzungen der Exekutivstrafe und der eigentlichen Strafe grundsätzlich zusammenfallen, ist der Zweck beider jedoch verschieden, und hierin liegt wohl der größte und wichtigste Unterschied. Der Erfüllungszwang verfolgt eben ein anderes Ziel als der Strafzwang und dies bedingt den eigentlichen Unterschied beider Strafarten.[20] Wenn auch die Kriminalstrafe zur Stärkung und Sicherung der Rechtsordnung dient, so will sie in erster Linie eine rechtswidrige Handlung vergelten. Trotz aller neuen Strafrechtstheorien hängt der Kriminalstrafe immer noch das „quia peccatum est" an.[21] Wohl hat Köstlin[22] nicht Unrecht, wenn er darauf hinweist, daß auch die strafrechtlichen Bestimmungen (er weist auf § 368 Z. 2 und 8 Str.G.B. hin) etwas erzwingen wollen und insoweit auch Zwangsmittel sind. Der Unterschied zwischen Kriminalstrafe und Exekutivstrafe soll dann nach ihm nur darin liegen, daß letztere ein allgemeines Zwangsmittel darstellt, um alle die unzähligen stets wechselnden und deshalb im Gesetz nicht einzeln aufführbaren Fälle zu treffen, während die Kriminalstrafe die leicht in gesetzliche Form zu gießenden speziellen Fälle betrifft. Diese Schlußfolgerung, die Köstlin zieht, ist nicht richtig. Die eigentliche Strafe geht zwar darauf hinaus, neben der Vergeltung der Uebeltat ein rechtmäßiges Verhalten der Menschen herbeizuführen, die Rechtsordnung aufrecht zu erhalten und zu sichern. Das Verbrechen soll also nicht nur vergolten werden, vielmehr sollen die verbrecherischen Neigungen auch niedergehalten werden. Aber diesen Zweck verfolgt die eigentliche Strafe nur neben der Vergeltung, was Köstlin übersieht. Die peinliche Strafe sieht nach rückwärts oder vorsichtiger ausgedrückt, auch nach rückwärts. Anders die Exekutivstrafe. Sie gehört dem Gebiete des Erfüllungszwanges an, der nicht wie der Strafzwang die Rechtswidrigkeit ahndet, vielmehr die Erfüllung der Rechtsnorm bezweckt. Hier handelt es sich nicht darum, den Ungehorsam des Einzelnen gegen die von der Rechtsordnung erlassenen Gebote zu vergelten, hier soll er gerade beseitigt und der Gehorsam erzwungen werden. Daher kümmert sich die Exekutivstrafe nicht um die Vergangenheit, sondern sieht ihren Zweck ausschließ-

---

20) Preger S. 418 ff., Isaac S. 640, Fleiner S. 211.
21) Jellinek W.S. 326.
22) Köstlin S. 3 und 4.

lich und nur in der Zukunft. Sie will nicht Vergangenes sühnen, vielmehr den Willen des Verpflichteten beugen und ihn zu einem normgemäßen Verhalten veranlassen.[23] Während also die Kriminalstrafe Selbstzweck ist, ist die Exekutivstrafe nur Mittel zum Zweck.

Begrifflich ließen sich die Zwecke der Exekutivstrafe und Kriminalstrafe noch scheiden, obwohl sich nicht leugnen läßt, daß beide auch ineinander übergreifen, sodaß man höchstens sagen kann, das Schwergewicht liege bei der Zwangsstrafe darin, auf ein normgemäßes Verhalten hinzuwirken — in abgeschwächter Form tut dies doch auch die allgemeine Androhung der Strafgesetze. Betrachtet man aber ihre Wirkungen, so sind diese für den Betroffenen bei beiden ganz gleich. Allerdings haben dies Schriftsteller bei rein formalistischer Betrachtung geleugnet und aus der Verschiedenheit der Zwecke auch eine notwendige Verschiedenheit der Wirkungen herauszukonstruieren versucht. Aber diese Folgerungen sind abwegig. Als erster war es wohl Rosin, der bei seinen Betrachtungen über die Exekutivstrafe im Verhältnis zur Kriminalstrafe von den Wirkungen beider Strafarten ausging und dabei durchaus richtig feststellte, daß beide, betrachtet nach der Art und dem Maß des Eingriffs in die persönliche Rechtssphäre sich durch nichts voneinander unterscheiden.[24] Vor der Tat gehen sie beide darauf aus, die Gehorsamspflicht vor den Gesetzen wach zu rufen, nach der Tat erstreben beide einen Eingriff in das Vermögen bezw. in die Freiheit.[25] Ganz ähnlich sagt Thoma[26], die Exekutivstrafe sei zwar scharf theoretisch von der Polizeistrafe (überhaupt der Kriminalstrafe) geschieden, praktisch aber so gut wie mit ihr identisch. Diese hier eben dargelegte Auffassung von der Wirkung der Exekutivstrafe und ihrem Verhältnis zur Kriminalstrafe hat den lebhaftesten Widerspruch Hofackers hervorgerufen, dem bereits Schultzenstein[27] beigetreten ist. Er[28] wendet sich besonders gegen Thoma und Rosin und weist auf den praktischen Unterschied hin, wenn ein Bauherr, gegen den wegen unerlaubter Inangriffnahme von Bauarbeiten ein Strafverfahren eingeleitet werde, die Fabrik möglicherweise bis zum Eintritt der Rechtskraft vollenden könne, dagegen durch die wiederholbaren und sich steigernden Ungehorsamsstrafen von der Vollendung abgehalten werde. Des weite-

---

23) Francke Bd. 5/45, Anschütz S. 453, Rosin S. 105, Thoma S. 86, O. Mayer S. 273, Jellinek W.S. 325, Krukenberg S. 33/34.
24) Rosin S. 105 f.
26) Thoma S. 261.
25) Rosin S. 105—106.
27) Verw.Arch. 16/594.
28) Bad.Verw.Z. 1907/166.

ren sei ein praktischer Unterschied, daß die Exekutivstrafe im Gegensatz zur Kriminalstrafe auch juristische Personen erfassen könne. Gegen diese Ausführungen hat sich mit Recht Thoma gewandt und Hofacker entgegengehalten, daß er die Bedeutung des Wortes „praktisch“ verkenne, wenn er den Satz, Polizeistrafe und Exekutivstrafe seien praktisch (d. h. in ihrer Wirkung gegenüber dem Betroffenen) identisch, damit zu entkräften versucht, indem er sagt, die beiden Strafarten seien wegen der ganz verschiedenen Rechtssätze, die ihre Handhabung (nämlich hier die Verwaltungsbehörden) beherrschen, gerade „praktisch“ ganz verschieden.[29] Hofacker glaubt nämlich, daß doch die Unterschiede beider Maßregeln vom Standpunkte der Handhabung aus betrachtet auch unbedingt sich in der Wirkung auf den Betroffenen äußern müßten.[30] Als Beispiel zur Bekräftigung seines Satzes führt er an, daß die Exekutivstrafe des anstößigen Charakters der Kriminalstrafe entbehre, auch nicht im Strafregister eingetragen werde, und daß sie nach Erledigung des Erzwingungszweckes noch verhängt werden könne. Diese Beispiele, die Hofacker anführt, bringen teils rein äußerliche Unterschiede oder sind bezüglich der Wirkung von so untergeordneter Bedeutung, daß sie durchaus nicht dazu angetan sind, beweiskräftigend für seine Ansicht zu wirken. Die fundamentale Gleichheit beider Strafarten hinsichtlich ihrer Wirkung, daß sie nämlich beide für den Betroffenen eine Vermögenseinbuße darstellen, übergeht er mit Stillschweigen. Ob nun der Strafrichter die Verurteilung zu einer Geldstrafe ausspricht oder der Verwaltungsbeamte sie festsetzt, in beiden Fällen wird in gleicher Weise in die Rechtssphäre des Einzelnen eingegriffen.[31] Mit Recht weist Krukenberg[32] darauf hin, daß der Untertan bei der Berechnung seiner Ausgaben bestimmt nicht sorgfältig unterscheidet, daß er durch die Exekutivstrafe gezwungen werden soll, daß aber die Deliktstrafe zur Sühnung einer Uebertretung über ihn verhängt worden ist.

Nach diesen Ausführungen kommt man aber dazu, daß zwar zwischen der Exekutivstrafe als Mittel des Verwaltungszwanges und der Deliktstrafe hinsichtlich des Zweckes bedeutsame Unterschiede bestehen, daß sie aber in ihren Voraussetzungen und vor allem in ihren Wirkungen gleichgesetzt werden müssen. Stellen wir nunmehr die Frage nach der rechtlichen Natur der Exekutivstrafe, so ist folgendes zu sagen. Es fehlt ihr jede repressive Natur einer

---

29) Bad.Verw.Z. 1908/20, Anm., vgl. Krukenberg S. 36.
30) Bad.Verw.Z. 1908/46.
31) Vgl. Thoma S. 246 f.
32) Krukenberg S. 37.

Deliktstrafe, sie trägt vielmehr nur die präventive Natur eines Zwangsmittels in sich. Diese Ansicht, daß die Exekutivstrafe ein Zwangsmittel ist, ist heut fast allgemein anerkannt und sowohl in der Literatur des Strafrechts wie des Verwaltungsrechts durchaus herrschend.[33] Nur vereinzelt finden sich hier und da abweichende Anschauungen. So wird von Hugo Meyer vollständig verneint, daß die Exekutivstrafe ein Zwangsmittel sei.[34] Vor allem sind aber noch Loening[35], Haenel[36] und v. Schulze-Gävernitz[37] zu nennen, die einen tatsächlichen, aber keinen rechtlichen Unterschied zwischen der eigentlichen Strafe und der Exekutivstrafe anerkennen.

Zwar gebrauchen die Gesetze, in denen eine Exekutivstrafe angedroht oder zugelassen ist, selten den Ausdruck „Exekutivstrafe", auch gewöhnlich nicht die direkte Bezeichnung als „Zwangsmittel". Aber aus der Fassung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen geht deutlich hervor, daß es sich im gegebenen Falle nie um eine eigentliche Strafe, um die Vergeltung eines Unrechts, vielmehr nur darum handelt, den behördlichen Anordnungen Geltung zu verschaffen und sie zur Durchführung durch den Verpflichteten zu bringen. Mag auch das Wort „Strafe" in irgendwelcher Verbindung im Gesetzestext oder in der Literatur vorkommen, das ändert nichts daran, daß die Geldstrafe des § 132 LVG. ihrer rechtlichen Natur nach reines Zwangsmittel ohne jeden Vergeltungscharakter ist. Diese Natur der administrativen Exekutivstrafe ist auch von den obersten preußischen Staatsbehörden und der preußischen Verwaltungspraxis anerkannt. Zum Ausdruck kommt dies besonders in dem Erlaß des Ministers des Innern vom 6. 3. 1875[38], in dem ausdrücklich erklärt wird, daß exekutivistische Maßnahmen nicht unter den Begriff der Strafe fallen, sondern Zwangsmittel zur Durchführung behördlicher Anordnungen sind. Ebenso hat bereits der Gerichtshof zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte des öfteren, namentlich in den Entscheidungen vom 7. 11. 1857[39] und 14. 12. 1867[40] die Exekutivstrafe als „Zwangsmaßregel zur

33) Binding S. 501, Delius 38/427. Isaac 629 f. Olshausen § 345, Note 5, Oppenhoff § 28 Anm. 21, Anschütz Verw.Arch. 4/453, Foerstemann S. 207. Francke S. 43, Neukamp Verw.Arch. 3/46 f./85, Preger 414 f., v. Roenne Bd. 1 S. 446, 447, Rosin S. 115, Ludwig Mayer S. 379, Fleiner S. 210, O. Mayer S. 272/273, Oppenhoff, Ressortverhältnisse S. 144 Anm. 392.
34) S. 8 f.
35) S. 251.
36) S. 456 f.
37) Bd. 2/319.
38) V.M.Bl. 1875/104.
39) J.M.Bl. 1858/30.
40) J.M.Bl. 1868/116.

Aufrechterhaltung einer speziellen polizeilichen Anordnung“ charakterisiert. In diesem Sinne hat auch dann das Oberverwaltungsgericht vielfach darauf hingewiesen, daß Exekutivstrafen nur „Zwangsmittel seien zur Durchsetzung von getroffenen Anordnungen zur Erzwingung von künftigen Handlungen oder Unterlassungen.“[41]

C.

## Das Zusammentreffen von Exekutivstrafe mit Kriminalstrafe bei Polizeiverfügungen.

Jetzt erst nach diesen Feststellungen über den Begriff der Exekutivstrafe und ihre rechtliche Natur bezüglich des Zweckes und der Wirkung ist es möglich, mit Aussicht auf Erfolg der Streitfrage näher zu treten, inwieweit die Handhabung der Exekutivstrafe bei Polizeiverfügungen in Preußen dadurch beeinflußt wird, daß sie sich gegen einen bereits mit Kriminalstrafe bedrohten Tatbestand richtet.

Nach § 132 LVG. sind die unteren und mittleren Verwaltungsbehörden ermächtigt, unter gewissen Voraussetzungen Exekutivstrafen anzudrohen und zu vollstrecken. Sie können auf diese Weise die Befolgung aller ihrer Anordnungen erzwingen, sofern diese nur durch ihre gesetzlichen Befugnisse gerechtfertigt sind. Darüber aber, wann dies der Fall ist, enthält das Landesverwaltungsgesetz keine Bestimmungen und so muß zunächst als Vorfrage unseres Problems erst erörtert werden, ob die Verwaltungsbehörden überhaupt befugt sind, Anordnungen zu erlassen, die nur den Zweck haben, die Vornahme einer gesetzlich strafbaren Handlung oder Unterlassung zu verhindern. Denn nur, wenn eine derartige Anordnung zu den gesetzlich gerechtfertigten Befugnissen der Verwaltungsbehörden gehört, können diese zu ihrer Durchführung Exekutivstrafen androhen und vollstrecken.

Der in Theorie und Praxis herrschenden[42] Ansicht ist Anschütz entgegengetreten. Nach ihm[43] soll, falls eine Handlung bereits durch eine allgemeine Norm unter Strafe gestellt ist, es nicht mehr zur Kompetenz der Verwaltungsbehörden gehören, dasselbe Gebot oder Verbot als selbständige Anordnung zu erlassen. Eine derartige Individualverfügung habe dann nur den Charakter einer Ein-

41) OVG. 31/279/346, 37/106, Entsch. d. Reichsvers.Amt in JW. 1914/507.
42) Rosin 110 f., v. Arnstedt S. 430, OVG. 8/363, 9/275, 23/384.
43) Verw.Arch. Bd. 1 S. 457/58.

schärfung, die ein selbständiges Recht auf Gehorsam nicht gewähre, sie gehöre nicht zu den „exequierenden Verfügungen", nämlich den gesetzlich gerechtfertigten Anordnungen. Die Konsequenzen, die man dann daraus ziehen müßte, würden dazu führen, daß die Polizei überhaupt nicht das Recht hat, ihre Präventivmaßregeln, die zur Verhinderung von Straftaten getroffen werden, zwangsweise durchzuführen; denn wenn eine Anordnung gesetzlich unstatthaft ist, so kann sie auch nicht durch Androhung einer Exekutivstrafe durchgesetzt werden.[44] Die Ansicht Anschütz's würde eben dazu führen, ein Bestehen der Präventivpolizei überhaupt zu verneinen und dann könnte auch durch die Anwendung von mittelbarem Zwang strafbaren Handlungen nicht entgegengetreten werden. Diese notwendigerweise gezogenen Folgerungen sind aber unhaltbar. Eine derartige Verfügung muß daher als eine selbständige Anordnung aufgefaßt werden und hat nicht nur den Charakter einer bloßen Einschärfung oder Mahnung.

## C. I.

Die Tatsache, daß darüber gestritten wird, ob es zulässig ist, zur Erzwingung der Befolgung solcher Normen, deren Uebertretung bereits in einer allgemeinen Bestimmung unter Strafe gestellt ist, Exekutivstrafen anzudrohen und festzusetzen, zeigt, daß diese Frage auf dem Gebiete des preußischen Verwaltungsrechts durch eine allgemeine gesetzliche Bestimmung nicht geregelt ist, im Gegensatz zum Badischen Polizeistrafgesetzbuch vom 31. 10. 1863, wo in § 31, und zum Bayrischen Strafgesetzbuch vom 26. 12. 1871, wo in Art. 21 Abs. 1 ausdrücklich eine Ungehorsamsstrafe nur zugelassen ist, wenn eine Kriminalstrafe nicht bereits besteht. In dem gleichen Sinne ist unsere Frage reichsgesetzlich entschieden in der Kaiserlichen Verordnung betr. Zwangs- und Strafbefugnisse der Verwaltungsbehörde in den Schutzgebieten Afrikas und der Südsee vom 14. 7. 1905, §§ 10, 12 und 14.[45]

Der Gesetzgeber in Preußen hat in einigen ganz vereinzelten Spezialfällen eine besondere gesetzliche Regelung getroffen, die aber allgemeine Schlüsse auf das gesamte Gebiet der Exekutivstrafen nicht zulassen, vielmehr als Ausnahmen zu behandeln sind. So findet sich zum ersten Male im § 378 des Preuß. Wassergesetzes vom 7. 4. 1913 die Wendung: Durch die Strafbestimmungen der §§ 374,

---

44) Anschütz selbst gerät in seinen Ausführungen in Widerspruch und erkennt an, daß zur Verhütung der Begehung von strafbaren Handlungen exekutivistische Maßnahmen getroffen werden können.
45) R.G.Bl. 1905/717.

375 werden die Polizeibehörden nicht gehindert, nach § 132 LVG. Geldstrafen zur Erzwingung einer Handlung oder Unterlassung anzudrohen und festzusetzen. Eine ähnliche Vorschrift enthalten § 30 des Fischereigesetzes vom 11. 5. 1916 und § 9 Abs. 2 des Moorschutzgesetzes vom 20. 8. 1923. Unzutreffend ist es aber, wie fast allgemein[46] angenommen wird, daß § 68 des Personenstandsgesetzes von 1875 eine Häufung von Zwangs- und Deliktstrafen zulasse. In Absatz 1 wird bestimmt: „Wer den in den §§ 17—20, 22—24, 56—58 vorgeschriebenen Anzeigepflichten nicht nachkommt, wird mit Geldstrafe .... oder mit Haft bestraft. Die Standesbeamten sind außerdem befugt, die zur Anzeige oder sonstigen Handlungen auf Grund dieses Gesetzes Verpflichteten hierzu durch Geldstrafe anzuhalten.“ Hierbei ist genau zu beachten, daß die in Abs. 1 bezeichneten Anzeigen sämtlich binnen einer bestimmten Frist gemacht werden müssen, sodaß nach Ablauf der Frist die Strafe, und zwar nur die eine Strafe, verwirkt ist. Da aber durch die Nichtanzeigen ein Zustand geschaffen ist, der mit der öffentlichen Ordnung unvereinbar ist, ist für den Fall, daß der Pflichtige nach der kriminellen Bestrafung nicht noch nachträglich die Anzeige macht, die Möglichkeit der Erzwingung der Anzeige durch Abs. 3 gegeben. Daß aber für die Fälle der Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes immer das Mittel der Exekutivstrafe zugebilligt wird, wird weiter unten noch näher bewiesen werden.[47]

Darnach zeigt die Gesetzgebung ein verschiedenfaches Bild. Entweder sie verneint die Zulässigkeit von Zwangsstrafe neben der Deliktstrafe oder sie bejaht diese Zulässigkeit oder aber sie schweigt. Wenn sie wie in Preußen im allgemeinen schweigt, ist dann nach dem Geiste, der unser öffentliches Recht beherrscht, die Unzulässigkeit oder Zulässigkeit einer Häufung anzunehmen? Dieser Frage sollen die nachfolgenden Untersuchungen gewidmet sein.

## C. II.

Die in der Theorie und vor allem in der Praxis durchaus herrschende Lehre läßt bei Tatbeständen, die mit einer Deliktstrafe bedroht sind, nur die unmittelbaren Herstellungsmittel der Ersatzvornahme und des unmittelbaren Zwanges zu und findet ihren Ursprung vor allem in der Ministerialverfügung vom 15. 3. 1869.[48] Die Gegner betonen dagegen, daß eine derartige Unter-

---

46) Isaac S. 632, Hofacker S. 470, Kitzinger S. 196.
47) Siehe auch Krukenberg S. 80.
48) Ver.v.Min.Bl. 1869/74.

scheidung zwischen Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang einerseits und der Exekutivgeldstrafe andererseits nicht angängig sei. Ihre Hauptargumente finden sie erstens darin, daß begrifflich eine Verschiedenheit des Zweckes der Zwangsstrafe und der Exekutivstrafe besteht und zweitens eine begriffliche Gleichheit aller Zwangsmittel im Gesetz festgelegt ist.[49] Als drittes Argument, das für die Lehre einer möglichen Kumulation von Exekutivstrafe und Kriminalstrafe sprechen soll, wird oft ins Feld geführt, daß doch auch gewisse Ordnungsstrafen und besonders alle Disziplinarstrafen anerkanntermaßen neben der Deliktstrafe bestehen können.[50]

Beschäftigen wir uns zunächst mit der letzten Argumentation der Gegner der herrschenden Lehre und betrachten wir zunächst die Stellung der Disziplinarstrafe der Beamten gegenüber der Kriminalstrafe. Die Möglichkeit, daß hier das öffentliche Strafverfahren und das Disziplinarstrafverfahren unabhängig nebeneinander hergehen, beruht auf dem eigenartigen Rechtsgrunde der Verhängung der Disziplinarstrafe.[51] Durch den Eintritt in den Staatsdienst kommt der Beamte in ein besonderes Gewaltverhältnis, welches scharf zu scheiden ist von dem allgemeinen Gewaltverhältnis, in dem jeder Untertan im Staate steht. In seiner Eigenschaft als Untertan besteht für ihn die allgemeine Gehorsamspflicht; der Beamte übernimmt aber noch eine andere Gehorsamspflicht hinzu, die über die unmittelbar im Gesetz stehende, den Untertan allgemein bindende, hinausgeht. Infolge dieses besonderen Gewaltverhältnisses erwirbt nun auch der Staat ein doppeltes Strafrecht. Ebendasselbe Verhalten wird, wenn eine Kriminalstrafe verhängt wird, bestraft, weil es einen Bruch der Rechtsordnung bedeutet, und wenn außerdem noch eine Disziplinarstrafe festgesetzt wird, deswegen, weil auch die besondere Dienstpflicht gegen den Dienstherrn verletzt ist, zu deren Erfüllung infolge des besonderen Gewaltverhältnisses die Pflicht bestand.[52]

Ganz ähnlich wie mit der Disziplinarstrafe steht es mit der sogenannten „Ordnungsstrafe". Zum Beispiel droht das Strafgesetzbuch im § 138 Strafen für Zeugen, Sachverständige, Geschworene und Schöffen an, die die Dingpflicht verletzen, und Abs. 3

49) Hofacker, Verw.Arch. 14/450 f., 466, Stein 47 ff. Buch 369 f. Schultzenstein P.V.Bl. 35/355.

50) Neukamp S. 46 Anm. 31 u. S. 47, Hofacker Verw.Arch. 14/469 u. in Boschers Z. 48/377.

51) Jellinek System S. 241 f., Schoene Verw.Arch. 19/211 f., 229 f., Laband Bd. 1/248 f.

52) Schoene Verw.Arch. 19/249. Jellinek, System S. 113. Goldschmidt in Festgabe für Koch S. 432 f. Haenel Bd. 1/457 f.

bestimmt, daß durch diese Strafbestimmungen die auf das Nichterscheinen gesetzten Ordnungsstrafen nicht ausgeschlossen werden. (S. dazu § 51, 77 Str.P.O.) Auch hier in allen diesen Fällen bildet gerade wieder „die Verletzung eines Rechtes auf besonderen Gehorsam, auf Erfüllung besonderer Pflichten wesentliches Merkmal des strafbaren Tatbestandes.[53] Aus der Eigenschaft als Schöffe, Geschworener usw. erwachsen nämlich dem Betreffenden dem Staate gegenüber besondere Dienstpflichten. Wenn daher ein Zeuge den sich daraus ergebenden Anspruch gegenüber dem Staate verletzt, so ist die Ordnungsstrafe verwirkt. Eine Kumulation erscheint daher durchaus aus demselben Grunde wie bei der Disziplinarstrafe am Platze.

Wollte man das für die Disziplinarstrafe und Ordnungsstrafe gewonnene Ergebnis analog auf die Exekutivstrafe anwenden, so muß doch erste Voraussetzung dafür sein, daß, wie dort, auch bei der Festsetzung und Vollstreckung der Exekutivstrafe der Polizeipflichtige in einem besonderen Gewaltverhältnis zum Staate stände. Daß aber der Untertan nur auf Grund seiner allgemeinen Gehorsamspflicht polizeilichen Befehlen verpflichtet ist, ist nach der heut herrschenden Lehre ganz undenklich anzunehmen.[54] Selbstverständlich erscheint dies bei Polizeiverordnungen, aber auch mit ihren Polizeiverfügungen betätigt die Polizei kein besonderes Befehlsrecht, sondern regelt nur konkrete spezielle Einzelfälle.

Daraus ergibt sich, daß aus der positiven Regelung über die Disziplinar- und Ordnungsstrafe keinerlei Folgerungen etwa auf Grund eines Analogieschlusses für die Zulässigkeit der Kumulation der Exekutivstrafe und Deliktstrafe sich ziehen lassen.

Kommen wir nun zu dem von den Gegnern aufgestellten Satze, daß doch alle Beweismittel begrifflich gleichartig sind, demnach konsequenterweise auch dem Oberverwaltungsgericht, wie es doch die Anordnung der Ersatzvornahme und des unmittelbaren Zwanges neben der Deliktstrafe unbeschränkt anerkennt, die Verhängung der Exekutivstrafe neben der Kriminalstrafe keine Schwierigkeiten bereiten dürfte, so steht unzweifelhaft das eine fest, daß sowohl Ersatzvornahme und unmittelbarer Zwang einerseits und Exekutivgeldstrafe andererseits alle drei unter den Oberbegriff „Zwangsmittel“ fallen. Sie sind zwar alle drei Mittel zur Erreichung eines bestimmten Zweckes, aber mit durchaus verschiedener Wirkung. Das Landesverwaltungsgesetz drückt sich bei der Aufzählung der einzelnen

53) Haenel Bd. 1/458, siehe auch Thoma S. 263. Jellinek System 214 f.
54) s. Thoma S. 19 ff., 263 f.

Zwangsmittel sehr befremdend aus, indem es die Vollstreckungshandlungen der Ziffern 1 und 3, durch welche der geforderte Zustand ohne oder mit Ueberwindung eines Widerstandes **unmittelbar** hergestellt wird, durch das **mittelbare** wirkende Zwangsmittel der Ziffer 3, die Exekutivstrafe, zerreißt,[55] welche dem Bürger die mit den öffentlichen Interessen irgend vereinbare Zeit zur eigenen Willensentschließung läßt. Aus der Regelung, wie sie Ziffer 1 trifft, ergibt sich, daß die unmittelbare Herstellung — eine Androhung, die dem Verpflichteten Zeit zu eigener Erfüllung setzt, immer vorausgesetzt — als das primäre Zwangsmittel anzusehen ist. Nun hat aber gerade die Ersatzvornahme ein beschränktes Gebiet, da sie nur bei vertretbaren Handlungen Anwendung finden kann. Bei dem anderen in Ziffer 3 genannten direkten Zwangsmittel, dem unmittelbaren Zwange, ist bestimmt, daß es nur dann zur Anwendung kommen kann, falls die Anordnung sonst unausführbar bleibt. Hier muß zunächst auffallen, daß auch eine Ersatzvornahme durch einen Dritten sehr oft nicht anders durchgeführt werden kann, als gegen den Widerstand des Verpflichteten. Daß hier aber die Anwendung von Gewalt rechtlich zulässig sein muß, dürfte allgemein anerkannt sein. Anschütz und O. Mayer[56] behaupten daher mit Recht, daß die Ersatzvornahme die Ermächtigung zur Gewaltanwendung, zur Ueberwindung des entgegenstehenden Widerstandes in sich schließe. Das ist schon eine ganz bedenkliche Lücke in dem angeblichen Grundsatze der Subsidiarität des Zwangsmittels Ziffer 3, des unmittelbaren Zwanges, wo, wie eben nachgewiesen, auch die Ersatzvornahme in den häufigsten Fällen eine Gewaltanwendung in sich schließt und trotzdem nach klarer gesetzlicher Bestimmung als primäres Zwangsmittel anzusehen ist.[57] Im übrigen ist der Begriff „unausführbar" ein durchaus relativer, der nicht im strengsten Wortsinne gebraucht werden darf.[58] Für die Frage, ob die Vorschrift der Ziffer 3 überhaupt zu bedeuten habe, daß zunächst immer versucht werden müsse, das Ziel durch Androhung von Exekutivstrafen zu erreichen, ist vor allem auch der wichtige Grundsatz des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechtes „der Verhältnismäßigkeit der behördlichen Eingriffe"[59] zu berücksichtigen. Solange man das Ziel auf eine weniger unangenehme Weise erreichen kann, soll man nicht zu schärferen Mitteln greifen. Dieser Grundsatz ist eine wichtige Errungenschaft des Rechtsstaats und soll

55) Markull, P.V.Bl. 26/558, Rosin 111/112.
56) Anschütz S. 403. O. Mayer 1895 Bd. 1/339.
57) vgl. Krukenberg S. 57.
58) v. Arnstedt S. 92. L. Mayer S. 385.
59) v. Mohl, S. 40, Fleiner S. 196, 354. Ihering, Zweck im Recht Bd. 1/486.

bei allen Verwaltungsakten Platz greifen. Für das preußische Polizeirecht leitet Wolzendorff diesen Grundsatz zutreffend bereits aus der positiven Bestimmung des § 10, II, 17 ALR. her (die n ö t i g e n Anstalten).[60] Hofacker betont wiederholt, daß das Vorgehen mit Zwangsstrafe das schonendste und mildeste sei und darum auch durchaus an erster Stelle zu stehen habe.[61] Für Preußen widerspricht diese Auffassung schon dem klaren Wortlaut des Gesetzes der Z. 1 des § 132 LVG., worin als primär die Ersatzvornahme bezeichnet wird. Im übrigen aber liegt der Fehler darin, daß Hofacker stets nur mit der Androhung rechnet und den Fall garnicht ins Auge faßt, daß der Widerstand durch die der Anordnung angeschlossene Androhung noch nicht beseitigt wird, vielmehr es zur Vollstreckung kommt.[62] Denn wenn nämlich die Androhung den Erfolg schon herbeiführt, dann ist es ja vollkommen gleichgültig, welches der drei Zwangsmittel angedroht worden ist. Zu einem Vergleich und des weiteren zur Feststellung, welches Zwangsmittel das schärfste ist, kann man aber nur kommen, falls man die Wirkungen betrachtet, wie sich die Rechtslage des Pflichtigen bei wirklich erfolgter Vollstreckung von Zwangsmitteln gestaltet. Es ist z. B. für einen Schankwirt, der ein unkonzessioniertes Gewerbe betreibt, entschieden günstiger, wenn sein Betrieb polizeilich geschlossen wird, d. h. unmittelbarer Zwang angewendet wird, als wenn gegen ihn verschiedene Zwangsstrafen zur Erzwingung der Schließung erst festgesetzt werden und schließlich doch noch bei Außerachtlassung der polizeilichen Verfügung zur Schließung, zur unmittelbaren Gewaltanwendung, geschritten werden muß. Man kann folgende Folgerung ziehen: Sind die direkten Zwangsmittel (§ 132 Z. 1 u. 3 LVG.) Ersatzvornahme oder Gewaltanwendung gebraucht worden, so ist nur die Erfüllung der Pflicht durchgesetzt. Ist aber der Umweg über den weitergehenden psychologischen Zwang durch Uebelandrohung (§ 132 Z. 2 LVG.) gewählt worden, so hat der Pflichtige a u ß e r d e m noch eine Vermögenseinbuße erlitten, gleichgültig, ob er nach Festsetzung der ersten Strafe aus freien Stücken selbst erfüllt hat, oder aber daß die Behörden schließlich zur direkten Herstellung geschritten sind.[63] Man kann also hier nicht sagen, daß dasjenige Mittel das schärfste und äußerste sei, das am schnellsten und besten zum Ziele führt, wie Hofacker meint.[64] Innerhalb der Zwangsvollstreckung kann also keine Rede davon sein, daß das Vollstreckungsmittel der Exekutivstrafandrohung vor

60) PVBl. 32/263.
62) Verw.Arch. 14/454 f. Boschers Z. 48/346 f., 374.
63) vgl. Thoma, Polizeibefehl S. 246 u. Bad.Verw.Z. 1908/15.
64) Verw.Arch. 14/484.

den Zwangsmitteln der Ziffer 1 und 3 der Ersatzvornahme und Gewaltanwendung den Vorrang habe.[65] Für die Ersatzvornahme geht das aus der klaren gesetzlichen Bestimmung, für die Gewaltanwendung aus der richtigen Auslegung des § 132 LVG. unter Berücksichtigung des Grundsatzes „der Verhältnismäßigkeit der behördlichen Eingriffe“ hervor.

Darnach dürfte auch der Einwand der Gegner der herrschenden Lehre, daß diese sich in Widerspruch setze zum klaren Wortlaut des Gesetzes, welches die Anwendung unmittelbaren Zwanges nur zulassen soll, falls die polizeiliche Anordnung mittels Verhängung einer Exekutivstrafe nicht durchführbar sei, damit seine Erledigung gefunden haben.

Betrachten wir nun den Haupteinwand der Gegner des Oberverwaltungsgerichts näher, daß nämlich die begriffliche Verschiedenheit des Zweckes der Kriminalstrafe und der Exekutivstrafe eine Kumulation durchaus zulasse. Wie bereits unten nachgewiesen wurde, erkennt die herrschende Lehre,[66] ebenso wie ihre Gegner es tun, eine Verschiedenheit des Zweckes beider Strafen an, indem die Exekutivstrafe nicht wie die Deliktstrafe auch Vergangenes sühnen will, vielmehr nur nach der Zukunft sieht, den Willen des Verpflichteten zu beugen und ihn zu einem normgemäßen Verhalten zu veranlassen sucht. Mit der Formel „indem das Strafgesetz strafen, aber nicht zwingen, das Zwangsgesetz zwingen, aber nicht strafen will“[67] bejahen ohne weiteres die Frage, ob beide Gesetze nebeneinander bestehen können, die Gegner des Oberverwaltungsgerichts.[68] Die Anschauung, die diese Gesichtspunkte für die Lösung der Frage als entscheidend ansieht, ist aber nur rein formalistisch aufgebaut. Bei einer solchen Betrachtungsweise, die sich logisch allerdings nicht widerlegen läßt, da ihr sozusagen eine besondere Weltanschauung zu Grunde liegt,[69] können wir Gegner, die die angeführten Gesichtspunkte allein für ausschlaggebend halten, vom Gegenteil nicht überzeugen. Vielleicht gelingt es aber, Gesichtspunkte heranzubringen, die geeignet sind, den Wert der Beweisführung sowohl der einen wie der anderen Seite ins rechte Licht zu setzen. Auf keinen Fall handelt es sich aber hier um eine politische Frage, wie Hofacker[70] das seinem Gegner Thoma

---

65) Hofacker Verw.Arch. 14/484, Neukamp S. 24.
66) Anschütz Verw.Arch. Bd. 1/453,Rosin S. 105, Thoma S. 86, O. Mayer S. 273, Schoen Enzyklopädie Bd. 4 S. 270.
67) Hofacker Verw.Arch. 14/466.
68) Fleiner, Stein, Buch.
69) Wolzendorff Verw.Arch. 18/268—269.
70) Bad.Verw.Z. 1908 S. 45.

gern unterstellen möchte, vielmehr um eine reine Auslegungsfrage des geltenden Rechts.

Da für das Preußische Verwaltungsrecht die Frage, ob es zulässig ist, zur Erzwingung der Befolgung solcher Normen, deren Uebertretung bereits in einer allgemeinen Bestimmung unter Strafe gestellt ist, Zwangsstrafen anzudrohen und zu vollstrecken, nicht durch eine allgemeine gesetzliche Bestimmung geregelt ist, ferner aus der Gleichartigkeit der Zwangsmittel und ihrer geordneten ziffernmäßigen Aufzählung im § 132 LVG. sich keine Beweise für die Gegner der herrschenden Lehre herleiten lassen, ferner noch durch Analogieschluß aus dem Disziplinar- und Ordnungsstrafrecht sich beweiskräftige Schlüsse ziehen lassen, will ich versuchen, zu beweisen, ob sich nicht aus allgemeinen Rechtsanschauungen unter Berücksichtigung des Gedankens, daß wir in einem Rechtsstaate leben, die Richtigkeit der Lehre des Oberverwaltungsgerichts ergibt; denn wo uns nicht der Buchstabe des Gesetzes die Lösung bietet, muß man Einzelfragen von den in ihm liegenden hohen Gesichtspunkten aus betrachten. Der Begriff des Rechtsstaates scheint allerdings dem leidenschaftlichsten Vertreter der gegnerischen Lehre sehr unsympatisch zu sein, wenn er in seiner Polemik gegen Thoma von „übertriebenen rechtsstaatlichen Anschauungen spricht".[71]

Der Gedanke des Rechtsstaats erfordert zunächst, daß man bei Beantwortung einer Rechtsfrage nicht **nur** die Interessen der Verwaltung berücksichtigt, sondern auch die des einzelnen Untertan. Aus dem einen wichtigen Satz als Ausdruck rechtsstaatlicher Gedanken, daß nämlich die Individualsphäre des einzelnen nicht mehr beeinträchtigt werden darf, wie nötig ist, ergab sich bereits, daß die Zwangsstrafe nicht nur nach ihrem Zweck und der Art, wie sie gehandhabt wird, zu betrachten ist, sondern vielmehr auch ihre Wirkung auf den einzelnen Untertan zu berücksichtigen ist.

Uns interessieren jetzt noch insbesondere zwei Sätze, die grundlegend für den Rechtsstaat sind: Auf dem Gebiete des Strafrechts der Satz „nulla poena sine lege" dem für das Verwaltungsrecht der Satz entspricht: Kein Eingriff in Freiheit und Eigentum ohne gesetzliche Ermächtigung. Man wird nun zunächst denken, daß diese Grundsätze für unser Problem keine Bedeutung hätten, da ja im konkreten Falle sowohl das Strafgesetz wie auch das Zwangsgesetz vorhanden sind. Nimmt man aber die beiden Sätze zusammen, so ergibt sich daraus, daß die Vermutung **für und nicht gegen**

71) Bad.Verw.Z. 1908 S. 47.

die Freiheit der Rechtssphäre des Einzelnen spricht.[72] So sagt auch Anschütz[73] zutreffend, „wie im Strafrecht der Mangel eines Gesetzes die Negation des staatlichen Strafanspruches, so bedeutet im Verwaltungsrecht die Gesetzeslücke die Negation des staatlichen Verwaltungsaktes". Es ist daher ein Grundirrtum der Gegner des Oberverwaltungsgerichts[74], wenn sie fordern, daß eine Kumulation der beiden Strafarten vom Gesetz verboten sein müsse. Im Gegenteil, es muß der Satz der herrschenden Lehre: die Vermutung spricht für die Unzulässigkeit einer Kumulation, auch dort gelten, wo er nicht, wie in Bayern Art. 21 Abs. 2 und in Baden § 31 des Polizeistrafgesetzbuches ausdrücklich ausgesprochen ist.[75] Da es gegen die Grundsätze des Rechtsstaates verstößt, neben einer Kriminalstrafe auch noch eine Exekutivstrafe zu verhängen, sind die Bestimmungen der §§ 378 Preuß. Wassergesetz, § 130 des Fischereigesetzes und schließlich § 9 Abs. 2 des Moorschutzgesetzes als Ausnahmebestimmungen anzusehen. Denselben Gedanken hielt bereits zutreffend Thoma seinem Gegner Hofacker entgegen, indem er sagte: Wenn die gesetzliche Verwaltungszwangsordnung an sich gestattet, der Uebertretung einer bestimmten Vorschrift durch Androhung und Festsetzung von Exekutivstrafen entgegenzuwirken, und wenn gleichzeitig ein und derselben Uebertretung eine gesetzliche Strafandrohung entgegenwirkt, muß dann nicht angenommen werden, daß im Verfassungs- und Rechtsstaat die öffentliche Gewalt sich mit einem dieser beiden Eingriffe in Freiheit und Eigentum des Gehorsamspflichtigen begnügen müsse, anstatt ihn wegen ein und desselben Ungehorsams doppelt mit Geldstrafe heimsuchen zu dürfen?" Da nun für das Strafverfahren das Legalitätsprinzip gilt und die vorherige Verhängung von Exekutivstrafe niemals eine Bestrafung wegen Uebertretungen ausschließen kann,[76] ist die Strafe des Strafgesetzes der feststehende Faktor, d. h. für die Staatsanwaltschaft besteht die Verpflichtung, beim Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte einzuschreiten. Die Verwaltung dagegen hat zur Durchsetzung des rechtmäßigen obrigkeitlichen Willens die verschiedensten Mittel zur Verfügung. Für sie ist die Androhung einer Exekutivstrafe überhaupt nur Mittel zum Zweck, dient nur zur Beugung eines widerstrebenden Willens, während schließlich

72) Fleiner, Einzelrecht u. öffentl. Interesse S. 10, Wolzendorff Verw.Arch. Bd. 20/291.
73) Verw.Arch. Bd. 14/327.
74) Neukamp S. 20, Hofacker Verw.Arch. 14/465 f., Stein S. 49, Fleiner Institutionen S. 199 Anm. 25.
75) vgl. Krukenberg S. 103.
76) Stein S. 48 f.

der **letzte** Zweck auch einer derartigen Verfügung garnicht die Beugung eines entgegenstehenden Willens ist, vielmehr die Herstellung eines objektiven Zustandes[77] und dieses Ziel doch auch ohne Uebelzufügung auf direktem Wege erreicht werden kann, so bleiben der Behörde als Vollstreckungshandlungen vor allem die Ersatzvornahme und die Gewaltanwendung. Falls also dem Einzelnen wegen einer Handlung oder Unterlassung bereits ein Uebel droht, so muß die Verwaltungsbehörde, die allein die Möglichkeit hat, auch auf anderen Wegen ihr Ziel zu erreichen, in diesem Falle sich der Androhung und Vollstreckung der Exekutivstrafe enthalten.

Zur Bestätigung dieser Ansicht mag auch ein Vergleich der Entwicklungsgeschichte des Deutschen Verwaltungsrechtes und des Französischen in dieser Frage zeigen. In Frankreich ist der Ungehorsam gegen **jeden** Polizeibefehl durch Artikel 471 Z. 15 des code pénal ganz generell mit Strafe bedroht und zwar stellt sich diese als eine kriminelle Strafe dar, da sie von den Gerichten erkannt wird. Für die Entwicklung einer besonderen dem Verwaltungsrecht angehörigen Exekutivstrafe war daher kein Raum mehr.[78] Durch das deutsche Recht ist die Verwaltung besser gestellt, indem ihr Mittel in die Hand gegeben sind, selbständig ihre Befehle zu vollziehen. Aber auch für den Untertan ist diese Regelung besser, da eine jedesmalige vorherige Androhung einer Zwangsstrafe entschieden eindringlicher seine Gehorsamspflicht wachruft, als eine allgemeine Strafandrohung, die dem Betreffenden häufig garnicht bekannt ist.[79] Wenn aber die Staatsgewalt einem bestimmten Verhalten in **einer** Gestalt entgegenwirkt und dies auch **muß** — als Strafgewalt —, dann ist nicht nur deshalb, weil an sich die Möglichkeit besteht, dieses Verhalten auch von einer anderen Seite her zu treffen, auch diese zweite Reaktion gestattet. Oder soll etwa das Ergebnis des Gedankens der Gewaltenteilung, die doch bei uns verfassungsmäßig niedergelegt ist, sein, das nun für eine vermehrte Beeinträchtigung der Individualsphäre der Weg geöffnet ist, während es doch der Sinn dieser organisatorischen Trennung war, eine möglichst weitgehende Durchführung **der Forderungen des Rechtsstaats** ins Werk zu setzen.

Dieselbe Auffassung, wie sie hier vertreten wurde, findet sich auch in der Praxis der Bergverwaltung. Die hier interessierenden einschlägigen Bestimmungen finden sich in den §§ 70, 75, 202 des

---

77) Thoma S. 89, Thon S. 96 ff.
78) 1/446 Anm. 99 u. Jèze Franz.Verw.Recht S. 356.
79) Anschütz Verw.Arch. 1/458 ff.

Allg. Berggef. für die Preußischen Staaten, die auch hier nur die unmittelbar wirkenden Herstellungsmittel, in den ersten Bestimmungen die Gewaltanwendung, in der letzten Bestimmung die Ersatzvornahme zulassen. § 207 Abs. 2 erkennt dann noch ausdrücklich an, daß die direkten Herstellungsmittel neben der Strafverfolgung herlaufen können, dagegen ist die Möglichkeit der Verhängung von Exekutivstrafen überhaupt nicht erwähnt. Da aber die Oberbergämter auf Grund des § 48 Z. 2 der Verord. vom 26. 12. 1808 die Befugnis zum Erlaß von Strafbefehlen hatten, so glaubte man, daß das Berggesetz überhaupt nichts geändert habe. Daher sagt Brassert[80], allerdings sei abweichend gegen früher auch die Uebertretung bergpolizeilicher Anordnungen unter von den Gerichten zu verhängende Strafen gestellt; indessen könne hieraus nicht gefolgert werden, daß nunmehr jene Exekutivgewalt der Oberbergämter in Ansehung der Bergpolizei aufgehoben sei. Bezeichnend ist aber, wie dieser Schriftsteller hier fortfährt: „Andererseits ist es selbstverständlich (!), daß wegen ein und derselben Uebertretung nicht die gerichtliche Bestrafung erfolgen und außerdem eine Exekutivstrafe verhängt werden kann.“ In demselben Sinne spricht sich auch der Kommentar von Klostermann-Fürst-Thielmann aus,[81] der besagt, wenn die Befolgung einer Anordnung durch exekutivischen Strafbefehl erzwungen sei, so finde aus Anlaß des Uebertretungsfalles, wegen dessen eine exekutivische Geldbuße oder Gefängnisstrafe festgesetzt sei, eine gerichtliche Verfolgung aus § 208 nicht mehr statt. Es wird also die Unzulässigkeit einer Häufung überall anerkannt, jedoch nicht die richtige Konsequenz gezogen; denn die gerichtliche Bestrafung muß eintreten und nur die Zwangsstrafe allein kann weichen. So sagt auch zutreffend Brassert:[82] „Ueberhaupt entspricht es mehr dem Geiste des Berggesetzes, die Befolgung bergpolizeilicher Anordnungen statt durch Strafbefehl des Oberbergamtes durch Strafantrag bei den Gerichten zu erzwingen und daneben nötigenfalls von denjenigen Zwangsmitteln Gebrauch zu machen, welche das Berggesetz selbst vorsieht, wie Betriebseinstellung (§§ 70, 75) oder Ausführung auf Kosten des Bergwerksbesitzers (§§ 202, 205).

## C. III.

Es hat sich also ergeben, daß alle gegen die vom Oberverwaltungsgericht vertretene herrschende Lehre ins Feld geführten

80) S. 487.
81) § 208 Anm. 3 S. 605 § 207 Anm. 6 S. 601.
82) S. 487.

Gründe nicht stichhaltig sind, vielmehr das Ergebnis des Oberverwaltungsgerichtes, daß nämlich die Androhung der Exekutivstrafe dann unzulässig sei, wenn d i e s e l b e Handlung oder Unterlassung, durch welche die Verfügung erzwungen werden soll, schon durch allgemeine Normen (Gesetz oder Rechtsverordnung) unter Strafandrohung geboten ist, durchaus dem allgemeinen Rechtsempfinden entspricht. Verfügungen, die auf Unterlassung[83] einer strafbaren Handlung oder auf die Vornahme[84] einer Handlung, deren Unterlassung unter eine allgemeine Strafe gestellt ist, lauten, können daher nur durch die Vollstreckungshandlungen der Ersatzvornahme und der Gewaltanwendung erzwungen werden. Nun gibt es aber Delikte, die sich nicht in dem Zuwiderhandeln gegen die Norm allein erschöpfen, sondern die noch weitergehende Folgen haben, Folgen, die aber nicht mehr durch das Strafgesetz getroffen werden. Hier spricht man von den sogenannten „normwidrigen Zuständen".[85] Ganz klar liegt die Sache bei solchen Delikten, die in einem Zuwiderhandeln gegen eine Unterlassungspflicht bestehen (z. B. Ueberbauen einer durch Baupolizeiverordnung festgesetzten Baufluchtlinie). Handelt der Bauherr trotzdem zuwider, so wird er dafür bestraft. Es k a n n nun aber noch ein polizeiliches Interesse bestehen, — das braucht durchaus nicht immer der Fall zu sein[86] —, den so geschaffenen normwidrigen Zustand wieder zu beseitigen. Befiehlt jetzt die Baupolizeibehörde dem Pflichtigen, den ordnungswidrigen Bau wieder einzureißen, so liegt eine Anordnung vor, deren Unterlassung unter das Strafgesetz nicht mehr fällt, die nichts mehr mit der Strafbestimmung zu tun hat. Daher ist eine derartige Verfügung mittels einer jeden gesetzlich zulässigen Zwangsmaßnahme zugelassen.[87]

Dagegen ist die analoge Uebertretung des Grundsatzes auf Zustände, die durch e c h t e Unterlassungsdelikte entstanden sind, zwar von Rosin gefordert,[88] von Neukamp und O. Mayer[89] aber bekämpft worden. Dem Standpunkt Rosins hat sich mit Recht die herrschende Lehre angeschlossen.[90] Ganz ausscheiden müssen wir

83) OVG. 1/319, 2/295, V.M.Bl. 1878/125, 1879/232, O.V.G. 5/276, 6/296, 7/296, 24/395, 32/293, 52/310, 63/287, P.V.Bl. 14/455/468, Reger 14/93.
84) O.V.G. 1/399, 7/215, 21/324, 23/388.
85) Rosin S. 107.
86) vgl. Schultzenstein D.J.Z. S. 17 ff.
87) Rosin S. 105 u. 116, Anschütz Verw.Arch. 1/458, 6/598. O. Mayer 1895 Bd. 1/336. Meyer Aufl. 2 (1893) Bd. 1/84 Anm. 34, Loening S. 457 Anm. 8, L. Mayer S. 381 O.VG. 5/283, 32/293 f., 52/310, 62/387.
88) Rosin 118 ff.
89) Neukamp S. 29 ff. O. Mayer 279 u. 208.
90) O.V.G. 21/323, 31/348, P.V.Bl. 8/229.

zunächst die Fälle, in denen nach Eintritt der Uebertretung aus der Natur der Sache heraus nichts mehr zu erzwingen ist. (Siehe z. B. § 360 Z. 10 Str.G.B.) Nun hat man aber bei den echten Unterlassungsdelikten zu unterscheiden zwischen Fällen, wo die einmalige Unterlassung ein Dauerdelikt darstellt, und den Fällen, wo ein Gebot durch mehrmalige selbständige Unterlassungen mehrmals in der gleichen Weise verletzt wird. Der erste Fall (Dauerdelikt) liegt dann vor, wenn die Vornahme einer Handlung bis zu einem bestimmt fixierten Zeitpunkt gefordert wird. Es kommen hier vor allem die von Rossin[91] zitierten Fälle in Betracht: Das Gebot des Raupens, das Vorlegen der Fleischbücher am Ersten eines jeden Monats und schließlich gehört auch hierzu die Anzeigepflicht des Personenstandsgesetzes. Nach Ablauf der Frist ist hier nur eine einmalige Bestrafung möglich. Ist daraufhin die geforderte Handlung noch nicht vorgenommen worden, und besteht ein polizeiliches Interesse,[92] dem Verpflichteten die nachträgliche Vornahme noch aufzugeben, dann ist dies ein Befehl, der über die durch die Strafdrohung bewährte Form hinausgeht, ein sogenannter selbständiger Tatbestand im Sinne O. Mayers[93]. Dieser weitergehende Befehl kann dann auch durch Androhung von Zwangsstrafen erzwungen werden, da eine Deliktstrafe gegen diesen Ungehorsam nicht festgesetzt ist. So erklärt sich also auch § 68 Abs. 3 des Personenstandsgesetzes, der ausdrücklich die zulässige Verhängung von Geldstrafen erwähnt.

Anders liegt die Sache aber dann, wenn die Behörde es in der Hand hat, durch wiederholte Aufforderungen immer wieder neue selbständige Tatbestände von Unterlassungsdelikten hervorzurufen. Als Beispiel diene der Fall des Oberverwaltungsgerichtes im preußischen Verwaltungsblatt.[94] Bei diesem ist vorgeschrieben, daß bestimmte Urkunds- und Revisionsbücher „auf Erfordern jederzeit und unverzüglich vorzulegen seien". Hier liegen bei Weigerungen stets erneute Unterlassungen vor, die immer wieder das Strafgesetz erfüllen und gegen welche daher nicht noch einmal unter Androhung von Exekutivstrafen vorgegangen werden darf.[95]

Demnach kommen wir zusammenfassend zu folgendem Ergebnis: Die Exekutivstrafe ist nur dann unzulässig, wenn der Ungehorsam gegen die polizeiliche Verfügung, der durch die Exekutiv-

91) Rosin S. 118.
92) Verneint wird dieses in O.V.G. 14/322.
93) O. Mayer 1895 Bd. 1/335.
94) P.V.Bl. 10/387.
95) Rosin S. 120, O.V.G. i. P.V.Bl. 8/229.

strafe getroffen werden soll, zugleich den Tatbestand eines Strafgesetzes (in materiellem Sinne) erfüllt. Dagegen bleiben sämtliche Mittel des Verwaltungszwanges zulässig zur Erzwingung von Verfügungen:[96] 1. Die sich auf § 10, II, 17 ALR. stützen oder zum Vollzuge von Gesetzen und Rechtsverordnungen dienen, die keine Strafsanktionen enthalten, 2. die wiederherstellenden Verfügungen, die zur Beseitigung eines polizeiwidrigen Zustandes ergehen. Dies ist auch die Rechtsauffassung, welche die herrschende Lehre in Praxis[97] und in der Theorie[98] und ebenso die preuß. Staatsregierung[99] vertritt.

Im Ergebnis, wie eben dargelegt wurde, ist sich die herrschende Lehre zwar einig, zu ihrer Begründung werden aber die verschiedensten Beweisführungen verwendet, die hier noch einer Nachprüfung bezüglich ihrer Richtigkeit unterzogen werden sollen.

Nehmen wir sogleich die Beweisführung des Oberverwaltungsgerichts heraus, die Anwendung der Formel „ne bis in idem“ zur Kennzeichnung des hier vertretenen Grundsatzes. Diese Art der Beweisführung des Oberverwaltungsgerichts und eines Teiles der Theorie bildet schon immer einen erheblichen Angriffspunkt der gegnerischen Lehre. Neukamp[100] vor allem hat mit großer Ausführlichkeit dargetan, daß eine Berufung auf diesen Satz unzulässig sei, weil er ein bereits ergangenes Kriminalurteil voraussetze und auch dann nur die Verhängung einer Kriminalstrafe oder vielmehr

---

96) Thoma S. 249.

97) Praxis, Preuß. O.V.G. in V.M.Bl. 1878/125, 1879/232, O.V.G. 5/278, 7/215/296, 9/275, 16/384, 21/331 f., 23/384, 32/290, 38/435, 48/286, 58/887, 59/565; 63/287, 77/375, Sächs. O.V.G. E. v. 9. 2. 26, Jahrb. 29/202 ff., Bad.V.G, H, 4, 7, 22, i. Bad.Verw.Z. 1922/141, Braunschw. V.G.H. 1. 2. 11, Braunschw.Z, 58/1911, Großherzl. Old. O.V.G. 31. 3. 1912. P.V.Bl. 33/600, Sächs.O.L.G,. 16, 12, 1892, Reger Bd, 13/355.

98) Theorie. Anschütz Verw.Arch. Bd. 1/457 Bd. 5/394. Rosin S. 103 ff. Thoma Polizeibefehl 246 ff., Bad.Verw.Z.1908 19 ff. Loening S. 252, Haenel S. 558 u. Anm. 8. v. Schulze-Gävernitz 2/319. Parey S. 20 ff. Bornhak Staatsrecht Bd. 3/148 f. Verw.Arch. 5/167 f. O. Mayer 1895 Bd. 1/134. 1924 Bd. 1/279. Meyer 1/91. Stengel 2/801. Wolzendorff Verw.Arch. 21356. v. Arnstedt S. 81 ff. Genzmer S. 87 Anm. 29. Friedrichs LVG. Anm. 13 zu § 132, Oppenhoff Ressortverhältnisse S. 198 Anm. 663. St.G.B. 29, Abschn. Nr. 35. Koehne 1/113 f. v. Brauchitsch 1 § 132 Anm. 4 LVG. Kunze 175. v. Landmann 1/133 f., [illegible] v. Roenne 1/446 u. 447 Anm. 8 b. Kastner S. 58 ff. Schulze 2. Aufl. 1890 Bd. 2/319. L. Mayer 318. Arndt Verw.Arch. 10/190. Jadesohn P.V.Bl. 40/152. Schwankend-Jellinek W. 327 . . . echte Strafe und Zwangsstrafe sind zwar wesensverschieden, aber doch so miteinander verwandt, daß die Häufung als Doppelbestrafung empfunden würde. S. aber 327 weiter unten! — A. A. Francke S. 45 ff. Neukamp Verw.Arch. 3/1 ff. Preger 423, Isaac S. 642, Hofacker Verw.Arch. 14/467 ff. Bojchers [illegible] ff. Bad. Verw.Z. 1908/457, Fleiner 211, Kratenberg S. 19 f. Stein S. 46 ff Buch S. 369 ff. Schulzenstein Verw.Arch. 10/508 ff. 15/306. 16/594, P.V.Bl. 35/353, Kitzinger S. 410/411. Foerstemann, bei Unterlassungen S. 4104/11. Praxis, vorübergehend zweifelnd O.V.G. 52/310, Thür. O.V.G. 19. 10. 23, Jahrb, 9/129—130. L.V.G. Schwerin 21. 12. 23, i. Mecklb.Z. 41 (1925) S. 228

99) M.Vfg. 15. 3. 1869 in V.M.Bl. S. 74 u, 25, 11, 1884 in V.M.Bl. S, 262, die auf die Vfg. gleichen Inhalts vom 20, 8. 1872 Bezug nimmt. Verordg. d. Sächs. Min. d. Innern vom 24. 9. 1885, i. Reger Bd. 6/153,

100) S. 45 ff. auch Hofacker, Verw.Arch. 14/469.

die Aufrollung überhaupt desselben Strafprozesses verhindern soll.[101] Das geben ja aber auch Rosin und Bornhak[102] zu, daß dieser Grundsatz, soweit er das Prinzip der strafprozessualen Rechtskraft bezeichnen will, für unsere Frage unanwendbar ist. Daß sich darüber auch der höchste preußische Verwaltungsgerichtshof klar gewesen ist, dürfte wohl keinem Zweifel unterliegen. Die Frage ist nur, kann man den Satz „ne bis in idem" als kurzes prägnantes Schlagwort für den hier behandelten Grundsatz gelten lassen. In der Tat ist es *derselbe* Tatbestand, der den Anlaß zu dem staatlichen Einschreiten gibt. Der Ungehorsam, der durch die Zwangsstrafe überwunden werden soll, bildet gleichzeitig eine nach strafrechtlichen Grundsätzen zu ahndende Handlung oder Unterlassung. Auf der anderen Seite würde, falls man eine Exekutivstrafe zuließe, eine *doppelte* staatliche mit Uebelzufügung für den Untertan verbundene Reaktion gegen *dieselbe* Unbotmäßigkeit erfolgen, wenn auch die eine den Zweck der Erzwingung des staatlichen Willens, die andere in erster Linie den Zweck der Sühnung begangenen Unrechts verfolgt. Wenn die Gegner behaupten, daß der genannte Grundsatz ausschließlich nur auf die Kriminalstrafe und das Verfahren im Strafprozeß bezogen wird, so möchte ich darauf verweisen, daß bereits Laband[103] in dieser Formel zugleich einen allgemeineren Rechtsgrundsatz erblickt, wenn er sagt, daß jede schuldhafte Nichterfüllung der Dienstpflicht geeignet sei, eine Reaktion des Dienstherrn vermittels seiner Disziplinargewalt hervorzurufen. Damit sei aber das Dienstvergehen auch gesühnt. Der Grundsatz „ne bis in idem" müsse auch für das Disziplinarstrafrecht gelten. Hier also liegt dem Grundsatz doch nicht nur der Gedanke zugrunde, daß der Untertan zweimal einen *Strafprozeß* über sich ergehen lassen soll, gleichgültig, wie das Ergebnis des ersten gewesen ist, vielmehr auch der, daß ein gerechter Ausgleich stattfinden soll zwischen den Interessen des Gewalthabers und denen des Gewaltunterworfenen. In diesem weiteren Sinne kann man in der Tat sagen, daß hier der Rechtsgrundsatz „ne bis in idem" Platz greift, wenn man ihn nämlich auffaßt als die Forderung, daß innerhalb des *allgemeinen* Gewaltverhältnisses zwischen Staat und Untertan wegen *eines* Rechtsbruches nicht *zwei gleichartige* Reaktionen der einheitlichen wenn auch in ihren Funktionen geteilten Staatsgewalt erlaubt sein dürfen.[104] Auf keinen Fall kann man aber etwa dem

---

101) Berner S. 490, Loewe S. 369, Fraeb S. 123, Rosenfeld S. 31 Anm. 3.
102) Rosin S. 108. Bornhak Verw.Arch. 5/167.
103) Staatsrecht Bd. 1/488 Anm. 1.
104) So auch Krukenberg S. 99/100.

Oberverwaltungsgericht eine Verkennung der Natur der Exekutivstrafe deshalb zum Vorwurf machen, weil es seinen Grundsatz mit dem Schlagwort „ne bis in idem‘ zu bezeichnen pflegt, wie dies Neukamp und Hofacker tun; denn das Oberverwaltungsgericht spricht selbst in seinen Entscheidungen der Exekutivstrafe den Charakter von „Zwangsmittel zur Durchsetzung von getroffenen Anordnungen zur Erzwingung von künftigen Handlungen oder Unterlassungen“[105] zu.

Loening, Haenel und v. Schulze-Gävernitz kommen zwar auch zu dem gleichen Ergebnis wie das Oberverwaltungsgericht, aber unter Zugrundelegung einer unannehmbaren Begründung.[106] Diese beruht auf der Verkennung des Wesens der Exekutivstrafe als Zwangsmittel. Sie setzen unrichtigerweise die Exekutivstrafe der Deliktstrafe gleich und kommen deshalb zu einer Verwerfung der Kumulation beider Strafarten, weil eine solche dem im Strafrecht geltenden Satze „ne bis in idem“ widersprechen würde. Wenn wir vorher die Begründung des Oberverwaltungsgerichts mit der Formel „ne bis in idem“ gelten ließen, so wurde dort dieser Grundsatz mehr als ein bequemes Schlagwort in einem erweiterten Sinne gebraucht.

Des weiteren kann man nicht die Begründung gelten lassen, welche Kastner[107] zum Ergebnis der herrschenden Lehre anführt, daß nämlich, wenn es sich um eine reichsrechtliche Vorschrift handele, der Grundsatz „Reichsrecht bricht Landrecht“ gelte. Eine Begründung der herrschenden Lehre läßt sich überhaupt aus Begriff, Tragweite und Zweck des Strafgesetzes[108] nicht entnehmen, wie auch die Strafrechtslehre darüber einig ist, daß die Beschränkungen der §§ 5 und 6 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch für die Exekutivstrafe nicht gelten.[109]

## D.

# Schluß.

Da die herrschende Lehre von Anfang an darunter gelitten hat, daß die Anhänger die Richtigkeit ihrer Ansicht zwar im Ergebnis richtig erfaßt haben, zu ihrer Begründung aber die verschiedensten Beweisführungen verwendeten, bot sie selbst den Gegnern häufig Angriffspunkte. Trotzdem hat sich ergeben, daß die Lehre

105) O.V.G. 31/379, vgl. auch 21/324, 31/346, 37/106.
106) Loening S. 251 u. Anm. 1, Haenel S. 456 ff. v. Schulze-Gävernitz Bd. 2/319, vgl. auch O. Mayer S. 380.
107) S. 40.
108) Schultzenstein Verw.Arch. 22/552.
109) Frank zu § 6 E.G. z. Str.G.B.

des Oberverwaltungsgerichts im Ergebnis und ihrer Begründung nicht widerlegt ist, ihre Lösung entspricht vielmehr durchaus dem allgemeinen Rechtsempfinden, welches in dem Rechtsstaatsgedanken seine Wurzel hat.

## Lebenslauf.

Ich wurde am 1. Juli 1905 in Oppeln, Kreis Oppeln, Oberschlesien, als Sohn des praktischen Arztes Dr. Julius May geboren. Nach Besuch der Volksschule zu Oppeln, trat ich im Jahre 1915 in das humanistische Gymnasium zu Oppeln ein, das ich Ostern 1924 mit dem Zeugnis der Reife verließ, um 3 Semester an der Universität zu Freiburg i. Br., 1 Semester an der Universität in Wien und 3 Semester an der Universität in Breslau zu studieren. Am 11. und 12. Mai 1928 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 19. Juni 1928 das mündliche Doktorexamen. Seit 15. Juli 1928 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst und bin gegenwärtig als Referendar am Amtsgericht zu Oppeln beschäftigt.